

Este documento está publicado en:

Parejo Alfonso, L. (1977). Los límites del silencio positivo en la aprobación de los planes de urbanismo. (Sentencia de la Sala 4.<sup>a</sup> del T. S. de 11 de febrero de 1977). *Revista española de derecho administrativo, parte jurisprudencia*, 14, pp. 488-495.

## LOS LIMITES DEL SILENCIO POSITIVO EN LA APROBACION DE PLANES DE URBANISMO

(Sentencia de la Sala 4.ª del T. S. de 11 de febrero de 1977)

1. La cuestión relativa a los límites de la operatividad del silencio positivo regulado en el artículo 41, 2, del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto 1756/1976, de 9 de abril (antiguo artículo 32, 2, de la Ley del Suelo de 1956) no es pacífica. Ni existe una respuesta jurisprudencial uniforme y clara al respecto, ni la doctrina coincide en sus opiniones.

Ciertamente, el artículo citado, en sus propios términos literales, no parece exigir para la efectividad del silencio positivo otros requisitos que los de orden procedimental que él mismo prevé. A pesar de ello el interrogante surge en la medida en que la aplicación literalista del precepto equivaldría a admitir que en el juego del automatismo que la técnica del silencio implica no rige el límite de validez que sí opera lógicamente en el ejercicio expreso por la Administración de la competencia para la aprobación del planeamiento urbanístico.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída sobre este punto es abundante. En su gran mayoría, y en principio, las Sentencias parecen inclinarse por la tesis formalista de reducción de los presupuestos o requisitos necesarios para la operatividad del silencio positivo a efectos de la aprobación de planes urbanísticos a los exclusivamente procedimentales. Así, las Sentencias de 16 de marzo de 1966 (Rep. Az. 2.252), 27 de enero, 12 y 16 de marzo y 19 de octubre de 1968 (Rep. Az. 435, 1.298, 1.398 y 4.496, respectivamente), 29 de mayo de 1970 (Rep. Az. 2.000), 16 de mayo de 1973 (Rep. Az. 2.126), 16 de enero y 10 de junio de 1974 (Rep. Az. 413 y 3.209) y 18 de marzo y 2 de abril de 1975 (Rep. Az. 1.975 y 2.388). De este modo, la interpretación judicial del silencio positivo del artículo 42, 2, de la Ley del Suelo diferiría sensiblemente de la que ya puede estimarse consolidada con relación al previsto en el procedimiento de concesión de licencias (art. 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales).

Coincide con la solución aparentemente consagrada por esta línea jurisprudencial la opinión de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ («La aprobación de los planes de urbanismo por silencio administrativo», *REDA*, núm. 1) y RAFAEL

ENTRENA CUESTA («Dictamen acerca de la posible aprobación por silencio administrativo de un Plan Parcial de Ordenación Urbana», RDU número 24).

Sin embargo, y tal como ha quedado advertido, el valor atribuible a las Sentencias antes enumeradas como representativas de la tesis que hemos venido en llamar formalista es sólo relativo, en la medida en que en la mayor parte de ellas no se aborda directamente el tema de la conformidad o no a Derecho del plan de cuya aprobación por silencio tratan y en aquellos concretos casos en que sí queda planteado se resuelve marginalmente, afirmando sin más la corrección del plan enjuiciado. Este es el caso, por ejemplo, de la Sentencia de 16 de enero de 1974, ya citado, en cuyo penúltimo Considerando y tras considerar aprobador un plan por silencio positivo se dice:

Que la doctrina aquí expuesta no supone enfrentamiento con la contenida en las Sentencias, entre otras, de 10 de marzo de 1970, 23 de junio de 1971, 7 de noviembre de 1972, etc., por cuanto el Plan Parcial de entes es, en cuanto a su contenido, ajustado a Derecho...

Y es precisamente en una de las Sentencias invocadas en el Considerando transcrito —la de la Sala 4.ª de 7 de noviembre de 1972 (Rep. Az. 4.699)— que el Tribunal Supremo, al plantearse frontalmente la cuestión, se decide resueltamente por estimar que al menos la invalidez en grado de nulidad de pleno derecho constituye un límite a los efectos propios del silencio positivo. Dice así, en efecto, el tercer Considerando de esta Sentencia:

... y es obvio que en estas condiciones no puede reputarse jurídicamente ajustado a derecho y válido el acto, ya expreso, ya presunto, en virtud del cual se alcanza un resultado contrario a la *ratio legis* inspiradora de la normativa vigente en la concreta cuestión de los espacios libres, por lo que en modo alguno cabe acudir al expediente del silencio administrativo positivo para lograr por una vía subsidiaria y supletoria de la actividad de la Administración lo que ésta, por ser ello inviable y carecer de su presupuesto esencial e inexcusable como es la posibilidad de existencia, no habría podido otorgar nunca o sería nulo de pleno derecho si se hubiese concedido;...

Criterio jurisprudencial este reafirmado más tarde por la Sentencia también de la Sala 4.ª de 11 de junio de 1975 (Rep. Az. 3.465), por más que en ella se rechace su procedencia en el caso concreto enjuiciado, al afirmar textualmente:

... y sin que aquí nos enfrentemos con un supuesto de Plan de Ordenación viciado de nulidad de pleno derecho como obstáculo válido y límite a la plena y normal virtualidad del silencio positivo como ocurrió en el supuesto enjuiciado en la Sentencia de 7 de noviembre de 1972...

Y más claramente aún, incluso, en la anterior de la propia Sala 4.ª de 2 de abril de 1975 (Rep. Az. 2.388), cuyo tercer Considerando sostiene:

L. Parejo Alfonso

Que según lo dicho, a tenor del artículo 32, 2, de la Ley del Suelo, en relación con el 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no existe otro requisito para que la aprobación definitiva de los Planes se entienda otorgada por silencio que el transcurso del plazo señalado para emitir la decisión expresa, o sea, el de seis meses «desde el ingreso del expediente en el Registro», razón por la cual cualesquiera que fuesen las circunstancias de fondo o los requisitos previos incumplidos tiene lugar una aprobación automática y formal, tal como la jurisprudencia ha entendido repetidamente...

A cuyo efecto aprobatorio únicamente es obstativo el vicio de nulidad radical, pues según reza el quinto Considerando de la misma Sentencia:

... a ello no es obstáculo la alegada doctrina jurisprudencial acerca de las matizaciones con que procede admitir el automatismo del silencio positivo —entre otras, las Sentencias de esta Sala de 19 de junio y 7 de noviembre de 1972<sup>1</sup>— y la improcedencia de entender otorgado en fraude de ley lo que la Administración nunca hubiera podido otorgar, porque esa doctrina más bien se refiere a supuestos en que el acto expreso no hubiera podido pronunciarse generalmente por razones de competencia y procedimiento, presupuestos básicos de todo acto, es decir, que se trataba por ello de supuestos singulares en que acaso no hubiera podido ni siquiera hablarse de existencia del acto (así, la citada S. de 7 de noviembre de 1972) y a los que la jurisprudencia no podía dejar de referirse de modo especial, más en los supuestos normales, a través del silencio se produce un acto ante el cual la Administración se encuentra en idéntica postura que si lo hubiese pronunciado expresamente y, por consiguiente, para obtener su anulación habrá de hacerlo a través de los citados procedimientos de revisión de oficio...

Estos pronunciamientos judiciales —integrantes ya por sí mismos de un verdadero cuerpo de doctrina jurisprudencial— confirman, frente a la posible tesis radicalmente contrapuesta a la formalista de fijar en la legalidad sin más el límite a la virtualidad aprobatoria del silencio positivo, la postura mantenida por E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, 2.ª Ed., Madrid, 1975, páginas 393 y 394 especialmente)<sup>2</sup> como tercera solución al problema: la que consiste —en palabras de los citados autores— en admitir el principio de irrevocabilidad de la aprobación ganada por silencio positivo, pero con la importante salvedad de que el silencio no cubre en ningún caso los supuestos merecedores de la calificación de nulidad de pleno derecho. No distinta en última instancia debe reputarse la opinión sostenida por JOSÉ MARIO CORELLA MONEDERO («La doctrina del silencio positivo en la aproba-

<sup>1</sup> Debe resaltarse —a los efectos de lo que en el texto más adelante se dirá— que esta invocación de precedentes jurisprudenciales engloba indiscriminadamente una Sentencia relativa al supuesto de silencio positivo previsto en el procedimiento de concesión de licencias y otra referente al establecido en el procedimiento de aprobación del planeamiento urbanístico. No constituye éste, por demás, un caso aislado, sino un ejemplo claro del proceder usual en la Jurisprudencia analizada.

<sup>2</sup> Vid. también: T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La aprobación por silencio positivo de los planes urbanísticos (S. de 16 de enero de 1974, Plan Parcial de La Mochuda)», REDA, número 2, en el apartado «Jurisprudencia».

ción de los Planes de Ordenación Urbana», *REVL* núm. 174), negando aplicabilidad al silencio positivo en los supuestos de existencia de vicios esenciales determinantes de nulidad y de infracción de precepto legal.

Porque, en efecto, ni la Jurisprudencia, ni la doctrina han reparado debidamente, a mi juicio, en la incidencia que en este tema de los límites del silencio positivo tiene indudablemente la naturaleza normativa de los planes de urbanismo (naturaleza ésta establecida por reiteradas y uniformes Sentencias del Tribunal Supremo, entre las cuales, y a título ejemplificativo, cabe citar las de 8 de mayo de 1968 —Rep. Az. 2.548—, 14 de octubre y 21 de noviembre de 1969 —Rep. Az. 4.583 y 5.059—, 4 de noviembre de 1972 —Rep. Az. 4.692— y 26 de junio de 1974 —Rep. Az. 2.708—). Circunstancia esta que explicaría las dificultades con que hasta ahora se ha tropezado para llegar a una solución única, pues el planteamiento del tema se ha venido haciendo a partir, fundamentalmente, de una aplicación indiferenciada al mismo —tomado como un supuesto más— de los criterios interpretativos propios de la institución del silencio positivo (expresión de lo cual son la cita indiscriminada por la Jurisprudencia y la doctrina de fallos judiciales referidos tanto al silencio previsto en el procedimiento para la concesión de licencias como en el regulador de la aprobación de los planes y el tratamiento conjunto por algunos autores de ambos supuestos de silencio positivo) y relegando a un segundo plano, cuando no olvidando, las singularidades propias del planeamiento urbanístico, que justifican sobradamente una respuesta diferenciada al problema de los límites propios de aquella institución en su aplicación a la aprobación de dicho planeamiento.

En tanto que los planes de urbanismo son, sustantivamente, normas jurídicas, el régimen de su validez es único. Toda infracción de una norma de rango jerárquico superior (sea, a su vez, un plan o sea un precepto legal o reglamentario) determina su nulidad, conforme al juego de lo prevenido en los artículos 47, 2, de la Ley de Procedimiento Administrativo y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Por tanto, desde este punto de vista, huelga cualquier planteamiento a partir de la distinción legal de grados de invalidez para los actos administrativos. De admitirse, pues, como parece que debe admitirse<sup>3</sup>, que el automatismo del silencio positivo no puede otorgar lo que a la Administración le está vedado conceder, la cuestión acerca del límite a la virtualidad de dicho automatismo no es —desde la perspectiva ahora contemplada— susceptible de varias respuestas, sino de una sola: la invalidez del plan sujeto a aprobación, por infracción de normas (planes o no) de grado superior.

La conclusión anterior no agota evidentemente el tema. La aprobación de los planes está sujeta a un procedimiento, la infracción de cuyos trámites debe constituir un nuevo límite —independiente del anterior— al silencio positivo. Y aquí sí que caben en principio las dos soluciones que se vienen

<sup>3</sup> Como han puesto de relieve E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, la tesis formalista que prescinde de todo límite derivado de la viabilidad de lo sujeto a aprobación es excesiva. A la misma cabe oponer con éxito el carácter de criatura legal del silencio positivo y, por tanto, la imposibilidad de que la propia Ley haya querido que, a través de aquél, pueda llegar a conculcarse sus preceptos.

hasta ahora barajando, en cuanto que de actos administrativos se trata y resulta, por tanto, de aplicación el régimen legal que gradúa su validez en función de que adolezcan de vicios de mera anulabilidad o de nulidad radical. Pero en este caso es la propia regulación legal del procedimiento de aprobación de los planes la que debe proporcionar las pautas para una respuesta. De acuerdo con el tenor literal del artículo 41, 2, de la Ley del Suelo vigente, los trámites de información pública (que presupone necesariamente la aprobación inicial) y aprobación provisional «en vista del resultado» de tal información constituyen los requisitos previos indispensables para que la remisión del expediente al órgano competente para la aprobación definitiva pueda tener lugar y, por tanto, para que pueda operar el silencio positivo por transcurso del plazo de seis meses desde «el ingreso del expediente en el Registro» de aquel órgano. En su consecuencia, a los aludidos trámites ha de estarse para la fijación del límite a la operatividad del silencio positivo, de modo que sólo la infracción de los mismos (de todos o de sólo alguno) supone obstáculo eficaz para entender producida la aprobación por silencio.

Los dos supuestos de invalidez examinados son de nulidad radical: el primero, porque en el caso de normas jurídicas —como lo son los planes— toda infracción de la legalidad a respetar por aquéllas merece tal calificación; y el segundo, porque los trámites a que se refiere son esenciales en el procedimiento de aprobación de los planes, por lo que su omisión o defectuosa realización comporta siempre, al propio tiempo que agotan las posibilidades de su comisión, un vicio de esta naturaleza.

La solución así arbitrada coincide en último término, pues, con la que postula la identificación del límite del silencio positivo en el vicio de nulidad de pleno derecho, pero sólo su formulación en la forma expuesta otorga a la misma, a mi parecer, su sentido y alcance verdaderos.

2. Las precedentes consideraciones resultaban de todo punto obligadas para dar adecuada cuenta de la reciente Sentencia de la Sala 4.<sup>a</sup> de 11 de febrero de 1977 (Rep. Az. 1.033, ponente FERNÁNDEZ TEJEDOR), última de las recaídas, en cuanto se tiene noticia, en materia de aprobación por silencio de los planes de urbanismo.

El supuesto de hecho al que se refiere la Sentencia y del que no se poseen otros datos que los consignados en la publicación de la misma es —en síntesis— el siguiente: el Ministerio de la Vivienda, al aprobar definitivamente el Plan Parcial de Ordenación de la Plaza de los Fueros de Pamplona, condicionó dicha aprobación a la redacción y aprobación de un estudio de ordenación de volúmenes de una de las manzanas de dicho Plan, en el que resultara acreditado que no se sobrepasaría la edificabilidad autorizada por el Plan General de Ordenación Urbana vigente. Formulado dicho estudio y elevado para su aprobación al Ministerio de la Vivienda, éste dictó resolución denegatoria. Contra dicha resolución y por entender que se había producido cuando ya el estudio había quedado aprobado por silencio positivo dedujo recurso el promotor, primero en reposición y luego en vía contencioso-administrativa.

El tema enjuiciado —como la propia Sentencia en su primer Considerando precisa— se centra, pues, en la aplicabilidad o no del silencio positivo al estudio de ordenación de volúmenes presentado al Ministerio de la Vivienda. La Sala, enfrentada así al problema de los límites del silencio positivo, lo aborda y resuelve en toda su dimensión.

Dos son los puntos de partida que adopta la Sentencia. Son los que deja sentados su tercer Considerando:

Que si el silencio negativo presupone una disposición desfavorable o denegatoria de la Administración que con valor de ficción la Ley presume consumada abriendo al administrado la puerta para su impugnación, y en tal sentido constituye la regla general de interpretación del silencio, en cambio, *la institución del silencio positivo está configurada en nuestro Derecho con carácter excepcional*. De un modo más normal —dentro de dicho carácter— cuando se trata del silencio operado con motivo del ejercicio de funciones de fiscalización, ya que entonces se parte de la existencia de un acto positivo al que dentro de un plazo estatuido no se le opone reparo alguno, siendo, por tanto, fácil presumir una voluntad de ratificación. Fuera de este supuesto, *cuando sin la previa existencia de un atisbo de declaración de voluntad administrativa, la Ley bajo determinados supuestos llega a otorgar al comportamiento pasivo de la Administración, valor sustantivo de acto de consentimiento a la petición* formulada por el administrado surge el tipo más excepcional del silencio positivo, cuya apreciación por su misma excepcionalidad, *requiere la adopción de un criterio restrictivo o de estricta interpretación*, como recuerda la reciente Sentencia de esta Sala de 30 de marzo de 1976 ratificando otras muchas —31 de octubre de 1963, 7 de noviembre de 1972, etc.—. *Debe cuidarse en estos casos de que el acto configurado mediante esta ficción legal reúna el mínimo necesario de garantías que aseguren su inmutabilidad*, no ya en relación con determinados aspectos accidentales que podrían ceder sin daño para el interés público, pero sí *en lo concerniente a presupuestos esenciales de legalidad sobre todo de su contenido*, amparadores de aquel interés cuyo desconocimiento daría lugar a que se consumaran situaciones notoriamente contrarias a él.

A renglón seguido y de estas dos afirmaciones de partida, a saber, el carácter excepcional en nuestro Derecho de la institución del silencio positivo (dentro de cuyo carácter reconoce, incluso, gradaciones y atribuye la mayor excepcionalidad precisamente al tipo de silencio en que subsume el previsto por el artículo 41, 2, de la Ley del Suelo) y la necesidad de depuración del contenido aprobatorio del silencio deriva la Sentencia los dos principios con arreglo a los cuales proclama ha de enjuiciarse la cuestión litigiosa. Comienza diciendo, en efecto, el siguiente Considerando:

*Que partiendo de estos principios; de un lado la interpretación restrictiva de los requisitos exigidos por la Ley para la operancia del silencio positivo y de otro la exigencia de que su posible contenido no aparezca viciado por defectos que en sí mismos constituyen infracciones del ordenamiento jurídico*, es fácil el enjuiciamiento de la cuestión a resolver en este proceso...

El razonamiento hasta aquí seguido por la Sentencia descubre que ésta aplica fielmente el esquema hasta la misma usual en el tratamiento de los supuestos legales de silencio positivo en general y en el de aprobación de los planes de urbanismo en particular; determinación de los principios y características propios de la institución del silencio positivo abstractamente considerada, para su aplicación inmediata y seguidamente en la resolución del caso concreto planteado; esquema más atrás denunciado como erróneo. El error no estriba desde luego en la inadecuación del punto de partida, sino en la falta de su complemento con el análisis de las características propias de la institución (en nuestro caso el planeamiento urbanístico) y, por tanto, del procedimiento y de la potestad administrativa ejercitada a través del mismo sobre los que opera el silencio positivo (aquí el previsto en el artículo 41, 2, de la Ley del Suelo). Pues sólo este complemento permite la modulación de los resultados derivados de una aplicación general e indiscriminada del silencio positivo a partir de sus propios presupuestos en forma tal, que no lleguen a desnaturalizar la institución específica en la que aquél en cada caso juegue.

Por tanto, y hasta aquí la Sentencia no se aparta de la línea seguida por los precedentes jurisprudenciales. No obstante, ello no le ha impedido explicitar novedosamente y con acierto no sólo los dos aspectos diferenciados a tener en cuenta en el supuesto de silencio positivo ahora contemplado, sino también los criterios con arreglo a los cuales tales aspectos deben ser tratados. Aspectos y sus criterios correspondiente, que son estos:

a) Procedimental o formal —requisitos exigidos por la Ley para la operancia del silencio positivo, en palabras de la Sentencia—, en cuyo examen ha de operarse mediante la «interpretación restrictiva».

b) Sustantivo o de fondo —inexistencia de vicio en el contenido del silencio, según el fallo judicial—, cuyo análisis ha de versar sobre la presencia de vicio constitutivo de «infracción del ordenamiento jurídico».

Como se ve, el planteamiento judicial confirma en lo sustancial la solución al problema que antes he propugnado, incluso en lo atinente a los criterios aplicables a las dos cuestiones básicas en que aquél se descompone: de un lado refiere los requisitos procedimentales a los «exigidos por la Ley», expresión que sólo puede tomarse como relativa a los establecimientos por el artículo 41 de la Ley del Suelo, y de otro lado remite el análisis de la corrección del contenido aprobatorio del silencio a las infracciones del ordenamiento jurídico, lo que —consistiendo aquel contenido en un plan y, por tanto, una norma— equivale a la indagación de invalidez o nulidad por infracción de la jerarquía normativa.

A partir de este momento, sin embargo, quiebra el acierto del razonamiento judicial. La causa ha de buscarse en el error metodológico antes puesto de relieve.

No es que la decisión judicial sea, en sus últimas consecuencias, injusta o suponga una inflexión o retroceso en la línea jurisprudencial progresiva previa más reciente, pues en el resultado final concluye negando la operatividad del silencio en el caso concreto por apreciación de un vicio de inva-



lidez en el instrumento de ordenación urbanística sometido a aprobación administrativa. Se trata más bien de una pérdida de la precisión y el rigor técnicos que le eran ya, a las alturas en que se produce, exigibles, para acabar de consolidar y perfilar la doctrina jurisprudencial aludida. Pérdida de precisión y rigor que acaece no tanto con relación al aspecto procedimental o formal —en el que la Sentencia no entra a fondo, deteniéndose en la constatación de que no ha transcurrido el plazo de seis meses preciso—, como con respecto al tema de la legalidad o aspecto sustantivo de la cuestión. En este punto, la ausencia en el razonamiento del juzgador del dato de la naturaleza misma de lo sujeto a aprobación resulta decisiva. Aun cuando el Tribunal —en el penúltimo Considerando— comienza apreciando una evidente contradicción entre el proyecto de ordenación de volúmenes y el Plan General de Ordenación Urbana y calificando certeramente tal contradicción de «incumplimiento legal (que) se alza como obstáculo insalvable para la aprobación por cualquier vía expresa o presunta del Plan por él afectado...», no extrae de tales afirmaciones la correcta consecuencia jurídica. El Considerando, en efecto, acaba razonando que:

... en ningún caso la operatividad autorizatoria del silencio positivo puede convertirse en subsanatoria de defectos con trascendencia de anulabilidad, pues aunque suene a reiteración, por tanto como se ha repetido, por este medio no puede ser autorizado ni concedido nada que la Ley prohíba —SS. de 20 de mayo de 1975, 23 de junio de 1971, 18 de noviembre de 1970, 17 de octubre de 1973, 23 de junio de 1975 y otras—, a más de que en materia de Urbanismo, siendo pública la acción para exigir ante los Tribunales tanto la observancia de la Ley como la de los planes de ordenación (art. 223), a ningún resultado jurídicamente válido y prácticamente eficaz conduciría acceder —por motivos de rigor formales o de sumisión a rígidas interpretaciones literales— a una solución ya vulnerable de impugnación eficaz desde su nacimiento, lo que automáticamente la convierte en anti-jurídica.

Por tanto, y al final, desenfoque absoluto de la cuestión. No sólo se habla del efecto autorizatorio como el propio del supuesto de silencio analizado (siendo así que el carácter del mismo es aprobatorio y, por tanto, de naturaleza diferente) y del vicio de anulabilidad (que no juega en el régimen de invalidez de las normas jurídicas, como lo son los planes de urbanismo al menos para la propia Jurisprudencia) como límite sustantivo a la virtualidad de dicho silencio, sino que la doctrina jurisprudencial que se cita en apoyo de la tesis mantenida está integrada, en su totalidad, por Sentencias referentes al silencio positivo previsto en el procedimiento para la concesión de licencias municipales. Queda, pues, desaprovechada —sin que ello suponga olvidar la faceta positiva antes destacada en la Sentencia comentada— una espléndida ocasión para perfilar y decantar definitivamente la positiva doctrina jurisprudencial que últimamente se ha venido formando en relación con el silencio positivo en la aprobación de los planes urbanísticos.

L. PAREJO ALFONSO